Tweede Kamer der Staten-Generaal

2

Vergaderjaar 2014–2015

34 218

Wijziging van de Faillissementswet in verband met de aanwijzing door de rechtbank van een beoogd curator ter bevordering van de afwikkeling van een eventueel faillissement en vergroting van de kansen op voorzetting van een onderneming of van een doorstart van rendabele bedrijfsonderdelen (Wet continuïteit ondernemingen I)

Nr. 4

ADVIES AFDELING ADVISERING RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT[1]

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 6 oktober 2014 en het nader rapport d.d. 1 juni 2015, aangeboden aan de Koning door de Minister van Veiligheid en Justitie. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 8 juli 2014, no.2014001353, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Veiligheid en Justitie, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van de Faillissementswet in verband met de aanwijzing door de rechtbank van een beoogd curator ter bevordering van de afwikkeling van een eventueel faillissement en vergroting van de kansen op voortzetting van een onderneming of van een doorstart van rendabele bedrijfsonderdelen (Wet continuïteit ondernemingen I), met memorie van toelichting.

Volgens het voorstel kan de rechtbank op verzoek van een schuldenaar voor wie faillissement dreigt een beoogd curator en beoogd rechter-commissaris aanwijzen, mits aannemelijk is dat een dergelijke aanwijzing meerwaarde heeft. Doel van deze aanwijzing is om in relatieve rust een mogelijk aankomend faillissement van een onderneming te kunnen voorbereiden en, indien aan de orde, de kansen op een verkoop van rendabele onderdelen van de onderneming tegen een zo hoog mogelijke prijs te vergroten (ten behoeve van een doorstart). De mogelijkheid van een dergelijke «stille fase» waarin een faillissement zo goed mogelijk wordt voorbereid wordt al door acht van de elf rechtbanken toegepast. Hiervoor bestaat echter geen wettelijke grondslag. Daarnaast zijn er

[1] De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer

kst-34218-4
ISSN 0921 - 7371
’s-Gravenhage 2015

verschillen in de wijze waarop deze rechtbanken deze praktijk uitvoeren. Het voorstel beoogt een uniform kader te geven voor alle rechtbanken.[2]

De Afdeling zet vraagtekens bij de opportuniteit van het voorstel, omdat de mogelijke risico's van het voorstel in de vorm van misbruik of oneigenlijk gebruik van deze rechtsfiguur en van het over het hoofd zien van andere gegadigden onvoldoende worden ondervangen door de voorgestelde waarborgen van de benoeming van een beoogd curator en een beoogd rechter-commissaris door de rechtbank, en van de aannemelijkheid van de meerwaarde van een aanwijzing bij een dreigend faillissement. Van belang is of zodanige voorwaarden aan de toepassing van deze rechtsfiguur kunnen worden verbonden dat de hiervoor genoemde risico's redelijkerwijs kunnen worden voorkomen. De Afdeling is van oordeel dat de risico's van deze nieuwe rechtsfiguur onvoldoende worden ondervangen door de voorgestelde waarborgen. Zij is van oordeel dat het wetsvoorstel in verband daarmee nader dient te worden overwogen.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 8 juli 2014, nr. 2014001353, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 6 oktober 2014, nr. W03.14.0221/II, bied ik U hierbij aan. Het voorstel geeft de Afdeling advisering aanleiding tot het maken van een aantal opmerkingen.

1. Opportuniteit; waarborgen

a. Inleiding

Blijkens de toelichting sluit de regeling aan bij een praktijk die zich in de afgelopen jaren heeft ontwikkeld en inmiddels door acht van de elf rechtbanken wordt toegepast. Hiermee zijn ervaringen in de praktijk opgedaan die ondersteund worden door het bieden van een uitdrukkelijke wettelijke grondslag en het verschaffen van meer duidelijkheid over de rol, taken en bevoegdheden van de beoogd curator en de voorwaarden voor een aanwijzing van deze persoon.[3]

De toelichting stelt dat de «stille fase» gebruikt kan worden om een doorstart te bewerkstelligen. Hierdoor kan een zo hoog mogelijke verkoopprijs worden gerealiseerd en wordt de kans op verkoop van de rendabele onderdelen van de onderneming met behoud van werkgelegenheid vergroot. Er is een dubbel doel. Ten eerste leidt dit tot een zo hoog mogelijke opbrengst in het belang van de schuldeisers. Ten tweede kunnen de onderneming en de daaruit voortvloeiende werkgelegenheid behouden blijven. In de «stille fase« heeft de beoogd curator gelegenheid in relatieve rust te bezien of en op welke wijze hij na faillissement tot zo'n doorstart kan beslissen, voordat de in de toelichting beschreven onbeheersbare en oncontroleerbare situatie van het faillissement intreedt.[4] *Op deze wijze kunnen ook de belangen van de crediteuren al eerder in aanmerking worden genomen.*[5]

De Afdeling onderkent dat het betrekken van een beoogd curator met toezicht van een beoogd rechter-commissaris in de voorbereiding van een faillissement voordelen kan bieden. Het risico bestaat evenwel dat schuldenaren de voorgestelde «stille fase» oneigenlijk zullen gebruiken.

---

[2] Toelichting, paragraaf 2, Doel van het wetsvoorstel.
[3] Toelichting, paragraaf 1, Inleiding.
[4] Toelichting, paragraaf 2, Doel van het wetsvoorstel.
[5] Toelichting, paragraaf 4, Belangen van de gezamenlijke schuldeisers.

De schuldenaar zou de procedure kunnen gebruiken om op oneigenlijke wijze schulden te saneren, teneinde in een krappe markt hiermee voordeel te behalen ten opzichte van zijn concurrenten of de ontslagbescherming van medewerkers te omzeilen. Een dergelijke toepassing van de voorgestelde procedure kan daarom tot situaties leiden waarin de belangen van schuldeisers, werknemers of concurrerende ondernemingen worden geschaad. Veel van de schuldeisers hoeven zich onder de voorgestelde regeling voorts niet bewust te zijn dat er sprake is van een aanstaand faillissement. Doordat de doorstart in stilte wordt voorbereid, is een transparante verkoop met meer gegadigden zeer lastig en kunnen andere ondernemingen die een serieus overnamebod zouden willen doen over het hoofd worden gezien. «Handjeklap» moet evenwel voorkomen worden.

b. Waarborgen

In de toelichting wordt aandacht besteed aan bovenstaande risico's tegen het gebruik van een «stille fase». Daarbij wordt ingegaan op de onafhankelijkheid van de beoogd curator, de vraag of het voorstel zal leiden tot meer doorstarts op oneigenlijke gronden, de vraag of sprake kan zijn van concurrentievervalsing en hoe om te gaan met het gebrek aan transparantie.[6]

De met het oog op deze risico's gecreëerde waarborgen betreffen in het bijzonder de beoordeling van een verzoek tot aanwijzing door de rechtbank, de voorwaarde van aannemelijkheid van de meerwaarde van een aanwijzing, alsmede een onafhankelijke beoogd curator en een beoogd rechter-commissaris.

De Afdeling merkt het volgende op.

i. Beoogd curator

Anders dan in het Verenigd Koninkrijk stelt niet de schuldenaar een beoogd curator aan, maar wijst de rechtbank de beoogd curator alsmede een beoogd rechter-commissaris aan. De toelichting spreekt in dit verband van «regie van de rechtbank». De aanwijzing heeft in principe de korte termijn van veertien dagen. De schuldenaar betrekt de beoogd curator bij de voorbereiding van het mogelijke faillissement. Hij verschaft hem gevraagd en ongevraagd alle inlichtingen.[7] *De beoogd curator behartigt daarbij de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.*[8] *Die belangen prevaleren boven mogelijke maatschappelijke belangen, zoals die van de openbare orde en veiligheid of van het behoud van werkgelegenheid.*[9] *De beoogd rechter-commissaris houdt toezicht op de beoogd curator.*
De Afdeling gaat in op twee aspecten van de positie van de beoogd curator, te weten zijn onafhankelijkheid en zijn rol in verband met het gebrek aan transparantie van de «stille fase».

– Onafhankelijkheid

De Afdeling merkt op dat weliswaar de rechtbank de beoogd curator, als aan de gestelde voorwaarden is voldaan, aanwijst, maar daarmee houdt de regie van de rechtbank op. Voor eventuele verlenging of voor de intrekking van de aanwijzing is de rechtbank afhankelijk van een verzoek. Niet alleen de rechtbank, maar ook de beoogd curator is voor zijn

6 Toelichting, paragraaf 4, Belangen van de gezamenlijke schuldeisers.
7 Artikel 364, derde lid.
8 Artikel 364, eerste lid.
9 Toelichting, artikelsgewijs onderdeel H, artikel 363, eerste lid, tweede zin.

betrokkenheid bij de voorbereiding van een mogelijk faillissement afhankelijk van de informatie die hij van de schuldenaar ontvangt. In het geval van een grotere onderneming zal het ingewikkelde proces van een doorstart vaak al vergaand zijn voorbereid. De beoogd curator zal daaromtrent zeer grote hoeveelheden informatie ontvangen. Het is de vraag of in die situaties de beoogd curator in betrekkelijk korte tijd de mogelijkheid heeft te doorzien of de reeds voorbereide doorstart de belangen van de gezamenlijke schuldeisers dient. Voorts is de vraag hoe wordt voorkomen dat het betrekken van de beoogd curator verandert in het meetrekken van de beoogd curator in wat de schuldenaar beoogt. Tijd en gelegenheid voor een «quick scan» van de markt waarin de desbetreffende onderneming opereert, de positie in de markt ten opzichte van concurrerende ondernemingen of de vooruitzichten op langere termijn, zijn er nauwelijks. Daarbij komt dat de beoogd curator niet zonder toestemming van de schuldenaar van derden inlichtingen kan vragen.[10] *Van «relatieve rust» waarbinnen de beoogd curator zou opereren, kan nauwelijks worden gesproken. Het toezicht op de beoogd curator van de beoogd rechter-commissaris kan in dit opzicht enige waarborg bieden, maar de vraag is of onder de hoge druk waarin het (mogelijke) faillissement en de doorstart wordt voorbereid, van dat toezicht veel verwacht mag worden.*

Weliswaar zal de beoogd curator bij benoeming onafhankelijk zijn, maar de vraag is of hij als «beoogd» curator in het belang van de gezamenlijke schuldeisers zijn onafhankelijkheid in de voldoende mate kan behouden. Hij is immers degene die beoogd is om als curator in het faillissement de beheers- en beschikkingsbevoegdheid over te nemen. De schuldenaar heeft er alle belang bij om hem de beslissing tot doorstart te laten nemen die de schuldenaar wil. Of het toezicht van de beoogd rechter-commissaris daaraan voldoende tegenwicht kan bieden, valt te betwijfelen. Daarbij komt dat de beoogd curator nauwelijks middelen heeft om in de betrokkenheid bij de voorbereiding van de doorstart de belangen van de gezamenlijke schuldeisers te bewaken. Hij kan slechts dreigen met een verzoek om de aanwijzing in te trekken.[11] *Dat is een uiterst middel.*

– Transparantie

Risico van de onttrekking aan de openbaarheid van de voorbereiding van een doorstart is het over het hoofd zien van andere gegadigden die een serieus overnamebod zouden willen doen. De toelichting noemt in hoofdzaak twee argumenten in verband met het gebrek aan transparantie. In de eerste plaats stelt de toelichting dat ook nu in faillissement doorstarts plaatsvinden en dat crediteuren ook nu maar beperkte tijd en middelen hebben om invloed uit te oefenen op de wijze waarop de curator tot verkoop van de onderneming overgaat. Zij kunnen op basis van artikel 69 Faillissementswet opkomen tegen de transactie bij de rechter-commissaris.[12] *De Afdeling merkt hierover op dat het faillissement en de afwikkeling daarvan in de openbaarheid plaatsvinden en dat de schuldeisers middelen hebben om het handelen van de curator bij de rechter-commissaris aan de orde te stellen. Daarmee is de situatie van faillissement niet te vergelijken met die van de voorgestelde «stille fase» buiten faillissement.*

Voorts wordt in de toelichting opgemerkt dat het risico dat andere gegadigden over het hoofd worden gezien, wordt ondervangen doordat de voorbereiding van de verkoop van de bedrijfsonderdelen plaatsvindt onder toeziend oog van de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris. De ondoorzichtigheid van de «stille fase» moet worden

---

[10] Artikel 364, vijfde lid.

[11] Artikel 366, eerste lid.

[12] Toelichting, paragraaf 4, laatste tekstblok.

gecompenseerd door het toezicht van de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris alsmede door verslag van de beoogd curator achteraf. De vraag of het risico van het over het hoofd zien van andere gegadigden voldoende wordt ondervangen, hangt daarmee samen met de positie van de beoogd curator. Daarop is hierboven reeds ingegaan.

De Afdeling betwijfelt op grond van het voorgaande of de beoogd curator in de in principe korte periode dat deze inzicht krijgt in de reeds in voorbereiding zijnde doorstart na faillissement voldoende gelegenheid heeft om inzicht te krijgen in het geheel van zaken dat rond de onderneming speelt. Voorts is er een reëel risico dat andere gegadigden voor een doorstart over het hoofd zullen worden gezien. Verder betwijfelt de Afdeling of de onafhankelijkheid van degene die beoogd is om curator te worden in het belang van de gezamenlijke schuldeisers voldoende gewaarborgd is.

ii. Misbruik of oneigenlijk gebruik; meerwaarde

De toelichting spreekt de verwachting uit dat het wetsvoorstel niet zal leiden tot een toename van het aantal doorstarts vanwege oneigenlijke redenen.[13] Daarvoor worden twee redenen aangevoerd. In de eerste plaats brengt het wetsvoorstel geen wijziging in de geldende regel dat de aangifte van een faillissement misbruik van bevoegdheid kan opleveren, bijvoorbeeld wanneer deze als enig doel heeft van de verplichtingen jegens werknemers af te komen. Bij het verzoek tot aanwijzing van de beoogd curator kan de rechtbank vragen stellen. Als het er de schijn van heeft dat de schuldenaar langs de weg van faillissement een snelle sanering wenst te bewerkstelligen, kan de rechtbank het verzoek afwijzen, zo stelt de toelichting.
De tweede reden waarom voor misbruik of oneigenlijk gebruik niet behoeft te worden gevreesd, betreft de voorwaarde dat een aanwijzing «meerwaarde» moet hebben in het kader van de afwikkeling van een faillissement of de vergroting van de kansen op een verkoop van rendabele onderdelen tegen een zo hoog mogelijke prijs.[14] De schuldenaar moet de meerwaarde aannemelijk maken. Het verzoek wordt toegewezen als de rechtbank «summierlijk van feiten en omstandigheden blijkt, die de bedoelde meerwaarde aantonen».[15] Het gaat om een kort, maar kritisch onderzoek.[16] Daarvoor zal de schuldenaar ook de nodige documenten moeten overleggen. Over de aard en omvang van de documenten noch over de waardering daarvan zeggen tekst en toelichting iets. Dat wordt overgelaten aan de rechters-commissarissen in faillissement die een vragenlijst ontwikkelen.[17]

De Afdeling wijst op artikel 5, vierde lid, van richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001.[18] Daarin is bepaald dat de lidstaten de nodige maatregelen treffen om misbruik van insolventieprocedures met het doel de werknemers van de in deze richtlijn bedoelde rechten te beroven, te

---

[13] Toelichting, paragraaf 4, derde tekstblok.
[14] Artikel 363, eerste lid, tweede volzin.
[15] Artikel 363, tweede lid.
[16] Toelichting, artikelsgewijs, onderdeel H, artikel 363, tweede lid.
[17] De Afdeling heeft kennis genomen van een bij het consultatiedocument van Insolad gevoegde bijlage die – naar de Afdeling begrijpt – de door de rechtbank Rotterdam gebruikte uitgebreide vragenlijst bevat. De vragen variëren van deponering van de laatste drie jaarrekeningen tot de liquiditeitsprognose op korte termijn, mogelijke taxatierapporten ter voorbereiding van een activatransactie, wat tot op heden is gedaan aan marktverkenning, of wat het relevante werknemersbelang is.
[18] Richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen, Pb EG L82/16.

voorkomen. Artikel 5, eerste lid, van deze richtlijn bepaalt dat de artikelen 3 en 4 van de richtlijn over het behoud van de rechten van werknemers bij overgang van ondernemingen niet van toepassing zijn op – kort gezegd – een overgang, wanneer de vervreemder verwikkeld is in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder, tenzij de lidstaten anders bepalen. Artikel 5, eerste lid, van de richtlijn is in artikel 7:666 lid 1 BW omgezet. Nederland heeft geen gebruik gemaakt van de uitzondering om anders te bepalen. In het licht van artikel 7:666 lid 1 BW is het eens te meer van belang dat, wanneer de doorstart in het faillissement na de «stille fase» plaatsvindt en de rechten van werknemers niet behouden blijven, misbruik van insolventieprocedures wordt voorkomen.

De Afdeling merkt op dat beide hierboven genoemde argumenten waarom het voorstel niet zal leiden tot misbruik of oneigenlijk gebruik, staan of vallen met de informatie en die de rechtbank krijgt en zijn waardering daarvan. Daarbij gaat het niet alleen om de aard van de te verschaffen informatie, maar ook om de waardering van de verschafte informatie en de weging van de verkregen informatie van uiteenlopend karakter ten opzichte van elkaar. De rechtbank is daarbij afhankelijk van de door de schuldenaar verschafte informatie. Het is de vraag of de rechtbank op basis van de verschafte informatie kan bepalen dat het gaat om een schijnfaillissement. Bij aangifte van een faillissement valt dat in het algemeen nu al moeilijk vast te stellen. Voorts rijst de vraag of de rechtbank de schuldenaar al snel het voordeel van de twijfel zal geven dat de aanwijzing van de beoogd curator meerwaarde heeft. Het door de rechtbank te verrichten onderzoek is immers summierlijk.
De Afdeling is dan ook van oordeel dat bij de in de toelichting geuite verwachting dat het wetsvoorstel niet zal leiden tot een toename van het aantal doorstarts vanwege oneigenlijke redenen, grote vraagtekens moeten worden gezet, mede gelet op de eis die voortvloeit uit artikel 5, vierde lid van richtlijn 2001/23/EG.

iii. Concurrentieverstoring

In een krappe markt met veel concurrenten kan het voordelig zijn via een faillissement snel zowel de schulden te saneren als werknemers te laten afvloeien. Concurrentieverstoring via aanwijzing van een beoogd curator behoort tot de mogelijkheden. De toelichting noemt dit probleem. Zij spreekt van concurrentievervalsing.[19] *De toelichting stelt dat in de consultatie over het voorontwerp door de Nederlandse Vereniging van Banken is opgemerkt dat het risico op concurrentievervalsing bij een onder toeziend oog van de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris voorbereide verkoop en daarop volgende doorstart kleiner is dan bij een «klassieke doorstart» uit faillissement. Dit komt omdat bij de verkoop van de bedrijfsonderdelen bij de koper een aanzienlijk betere prijs kan worden bedongen. De koper/»doorstarter» zal dus meer moeten investeren, wil hij de bedrijfsonderdelen overnemen.*[20]

De Afdeling wijst erop dat in het consultatiedocument van VNO/NCW en MKB Nederland onder andere is voorgesteld om ter indamming van de risico's verbonden aan de rechtsfiguur van de «stille fase» als voorwaarde aan de aanwijzing te verbinden dat deze niet zal leiden tot een ernstige verstoring van de concurrentieverhoudingen. Het is de Afdeling opgevallen dat niet wordt ingegaan op dit voorstel van VNO/NCW en MKB Nederland, maar alleen het standpunt van de NVB wordt onderschreven.

---

[19] Toelichting, paragraaf 4, derde en vierde tekstblok.
[20] Toelichting, paragraaf 4, vierde tekstblok.

Een overtuigende motivering van de regering waarom het risico van concurrentieverstoring kleiner is dan in faillissement ontbreekt.

c. Analyse doorstarts

Bij al het voorgaande mist de Afdeling in de toelichting inzicht in het aantal gevallen tot nu toe waarin een rechtbank een beoogd curator heeft aangewezen en in het aantal gevallen waarin dit heeft geleid tot een succesvolle doorstart.[21] *Voorts is van belang of een dergelijke doorstart ook op de wat langere termijn houdbaar blijkt of dat alsnog een faillissement van de doorstart volgt. Ook de gevallen waarin geen of geen succesvolle doorstart heeft plaatsgevonden, worden niet vermeld noch de redenen daarvoor. Deze gegevens zijn van belang voor de beoordeling van de vraag of de wetgever de rechtsfiguur van de «stille fase» met beoogd curator wettelijk zou moeten vormgeven en zo ja, onder welke voorwaarden. De Afdeling adviseert de toelichting aan te vullen.*

d. Conclusie

Aan de voorgestelde regeling zijn risico's verbonden ten aanzien van het behoud van onafhankelijkheid van de beoogd curator, het over het hoofd zien van andere gegadigden voor een doorstart, misbruik of oneigenlijk gebruik van deze nieuwe rechtsfiguur. De in het voorstel gecreëerde waarborgen tegen deze risico's in de vorm van een beoordeling van het verzoek tot aanwijzing van de beoogd curator door de rechtbank, aanwijzing van een beoogd curator en een beoogd rechter-commissaris en de voorwaarde van aannemelijkheid van de meerwaarde van de aanwijzing bij dreigend faillissement acht de Afdeling onvoldoende om de geschetste risico's te ondervangen. Daarbij betrekt de Afdeling ook de opdracht tot het treffen van maatregelen om misbruik van insolventieprocedures te voorkomen uit artikel 5, vierde lid, van richtlijn 2001/23/EG. De Afdeling adviseert dan ook in het bijzonder de voorwaarde van aannemelijkheid van de meerwaarde en de positie van de beoogd curator te heroverwegen. Aanscherping van de waarborgen is naar het oordeel van de Afdeling nodig om de risico's die aan de voorgestelde regeling kleven, in te dammen.

Onverminderd het voorgaande merkt de Afdeling het volgende op.

1. Opportuniteit; waarborgen

a. Inleiding

De opmerkingen van de Afdeling over het risico dat de «*stille fase*» voorafgaand aan het faillissement oneigenlijk zou kunnen worden gebruikt of dat in die fase partijen die een serieus overnamebod willen doen over het hoofd zouden kunnen worden gezien, hebben in de eerste plaats aanleiding gegeven om in het algemeen deel van de memorie van toelichting nader uiteen te zetten binnen welke context de «*pre-pack praktijk*» is ontstaan.[22] Daarbij is erop gewezen dat deze praktijk in de kern neerkomt op een aanpassing van een handelwijze die al lange tijd bestaat, namelijk van de voorbereiding van een faillissement en een eventuele doorstart uit dat faillissement. In plaats dat schuldenaar en zijn adviseurs de voorbereidingen geheel «*op eigen houtje*» treffen, worden in de «*pre-pack praktijk*» de rechtbank die bevoegd is het faillissement uit te

---

[21] De Afdeling merkt op dat over doorstarts na een «stille fase» met daarop volgend faillissement reeds verschillende procedures worden gevoerd.

[22] Zie paragraaf 2 van de memorie van toelichting.

spreken en de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris daarbij betrokken.

Een doorstart van nog rendabele bedrijfsonderdelen uit faillissement komt regelmatig voor. Dit was ook al het geval voor de «*pre-pack praktijk*» een vaart nam en is een logisch gevolg van het feit dat bedrijfsonderdelen (evenals bijvoorbeeld de bedrijfsinventaris) behoren tot de boedelactiva. Het is de taak van de curator in het faillissement om deze boedelactiva tegen een zo hoog mogelijke prijs te gelde te maken en de opbrengst vervolgens te verdelen onder de schuldeisers (artikel 68 Fw). In de praktijk blijkt dat zowel de belangen van de gezamenlijke schuldeisers als maatschappelijk belangen (waarmee de curator ook rekening zal moeten houden) er om verschillende redenen veelal bij gebaat zijn, wanneer het aanwezige boedelactief grotendeels aan één koper kan worden verkocht die daarmee een groot deel van de onderneming voortzet.[23]

Wanneer een verkoop/doorstart van bedrijfsonderdelen plaatsvindt uit een regulier faillissement, zijn de risico's op een suboptimaal resultaat (met meer schade voor de betrokkenen bij het faillissement) en op misbruik van het faillissementsrecht groter dan wanneer de verkoop/doorstart voor de faillietverklaring onder het toeziend oog van de toekomstig curator en de toekomstig rechter-commissaris door de schuldenaar is voorbereid. Dit komt omdat bij een regulier faillissement sprake is van één van de volgende twee minder gunstige scenario's:

a) de verkooptransactie ten behoeve van de doorstart uit faillissement wordt pas na de faillietverklaring door de curator tot stand gebracht, of
b) deze wordt voor de faillietverklaring geheel op eigen gelegenheid door het bestuur of de feitelijk leidinggevenden van de door de schuldenaar gedreven onderneming voorbereid.

In het eerst genoemde scenario geldt als complicatie dat er voor de curator vaak maar weinig tijd is om een doorstart te realiseren. De praktijk laat zien dat ondernemingen na een faillietverklaring vrijwel altijd te maken krijgen met negatieve publiciteit die ertoe leidt dat een onbeheersbare situatie ontstaat; financiers gaan over tot het uitwinnen van zekerheden, klanten verliezen het vertrouwen, leveranciers weigeren nog langer te leveren en werknemers gaan op zoek naar een andere baan. Deze hectiek van het faillissement kan ertoe leiden dat de onderneming vrijwel tot stilstand komt en dit heeft in de meeste gevallen een negatieve invloed op de waarde van de bedrijfsonderdelen en de kansen op een succesvolle doorstart. Bij de verkooptransactie kan door de curator slechts een lage prijs (dicht bij de liquidatiewaarde van de bedrijfsonderdelen) worden bedongen en veel werkgelegenheid gaat verloren.

In het tweede scenario hebben de schuldeisers van de door de schuldenaar gedreven onderneming – tenzij zij hierin worden betrokken – geen invloed op het voorbereidingstraject. Hetzelfde geldt voor potentieel geïnteresseerde kopers. Zij worden net als de curator en de rechter-commissaris pas na de faillietverklaring met de voorbereide verkooptransactie geconfronteerd. Schuldeisers en geïnteresseerde kopers ervaren daardoor een informatieachterstand. Dit maakt het voor de schuldeisers en potentieel geïnteresseerde kopers lastig om de voorbereide verkooptransactie binnen korte tijd goed te doorgronden. Daardoor is er feitelijk vaak maar weinig gelegenheid voor de schuldeisers om nog enige invloed uit te oefenen op de besluitvorming van de curator en de rechter-commissaris omtrent het al dan niet effectueren van de voorbereide doorstart. Voor potentieel geïnteresseerde kopers is het veelal niet mogelijk daadwerkelijk mee te dingen in het verkoopproces omdat het

---

[23] Zie paragraaf 2.1 van de memorie van toelichting.

hen niet lukt spoedig een concurrerende overnamebieding op de onderneming uit te brengen; dat wil zeggen een bod dat zowel interessant is voor de curator als verantwoord voor henzelf. Doordat er niemand is die meekijkt tijdens het voorbereidingstraject, bestaat er in dit scenario bovendien een groter risico dat sprake zou kunnen zijn van faillissementsfraude en/of misbruik van het faillissementsrecht, terwijl dit niet of pas op een later moment wordt opgemerkt.[24]

De in de afgelopen jaren in de rechtspraktijk ontwikkelde «*pre-pack methode*» leidt er nu juist toe dat de positie van de schuldeisers wordt verbeterd. Deze praktijk brengt mee dat de voorbereiding van het faillissement en, indien aan de orde, van een doorstart uit dat faillissement plaatsvindt onder het toeziend oog van de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris. De beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris krijgen daarmee reeds voor de faillietverklaring de gelegenheid zich te verdiepen in de situatie waarin de onderneming zich bevindt. Ook kunnen zij het voorbereidingstraject op de voet volgen. De beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris zullen daardoor in het faillissement «*beter beslagen ten ijs kunnen komen*» en sneller en beter geïnformeerd een besluit kunnen nemen over het al dan niet effectueren van een voorbereide verkoop/doorstart. Voorts krijgen zij ook de mogelijkheid invloed uit te oefenen op het voorbereidingstraject en kunnen zij er op die manier voor zorgen dat een optimaal resultaat (dat wil zeggen behoud van zoveel mogelijk waarde en werkgelegenheid) wordt bereikt.[25] Mocht sprake zijn van een vooropgezet plan van het bestuur of de feitelijk leidinggevenden om het faillissementsrecht te misbruiken, dan hebben de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris doordat zij eerder worden betrokken, ruimere gelegenheid om dit tijdig te ontdekken en kunnen zij hier een stokje voor steken door de daartoe voorbereide doorstart niet uit te voeren.[26]

Schuldeisers en anderen die geraakt worden door het faillissement profiteren van de voorgestelde regeling doordat hiermee duidelijkheid wordt geboden over de figuur van de beoogd curator en diens rol, taken en bevoegdheden, alsmede over de voorwaarden voor aanwijzing van een beoogd curator en het toezicht op het functioneren van de beoogd curator. Zo is in de voorgestelde regeling verduidelijkt dat het de bedoeling is dat de beoogd curator – bij wijze van compensatie van het gebrek aan transparantie voor de schuldeisers en andere betrokkenen bij de door de schuldenaar gedreven onderneming – kritisch meekijkt met het voorbereidingstraject en de schuldenaar erop aanspreekt wanneer dit traject een wending lijkt te nemen waardoor de belangen van de schuldeisers en andere betrokkenen in het gedrang lijken te komen. De beoogd rechter-commissaris dient erop toe te zien dat de beoogd curator deze taak goed vervult (vlg. artikelen 364, eerste lid, 365, tweede lid). Bovendien leidt de voorgestelde regeling er ook toe dat de schuldeisers – door middel van het eindverslag van de beoogd curator (vlg. artikel 366, vierde en vijfde lid) dat ter griffie wordt gedeponeerd en daar ter inzage wordt gelegd – eerder dan nu het geval is kennis kunnen nemen van hetgeen zich heeft voorgedaan in de «*stille voorbereidingsfase*». Dat vergroot hun kans om achteraf nog invloed uit te oefenen op de besluit-

---

[24] Zie paragraaf 2.2 van de memorie van toelichting.

[25] Zie bijvoorbeeld het eerste openbaar verslag van mr. Jongepier in het faillissement van de Estro Groep B.V. c.s. waarin hij beschrijft dat hij aanvankelijk enige bedenkingen had bij het op een doorstart uit faillissement gerichte voorbereidingstraject zoals dat door het bestuur van het crèchebedrijf in gang was gezet, maar dat na enige bijsturing toch een verkoop van een belangrijk deel van de onderneming tegen aanvaardbare voorwaarden gerealiseerd kon worden http://www.boekel.com/media/1137967/openbaar_verslag_1a_inzake_estro__stille_bewindvoering_.pdf.

[26] Zie paragraaf 2.3 van de memorie van toelichting.

vorming van de curator en de rechter-commissaris omtrent een eventuele doorstart.

De aanleiding om nu met de voorgestelde regeling te komen is dat er behoefte is aan een wettelijk kader dat de bestaande «*pre-pack praktijk*» ondersteunt en ertoe bijdraagt dat:
a) wanneer deze praktijk wordt toegepast, de mogelijkheden om de uit het faillissement voortvloeiende schade voor betrokkenen te beperken optimaal worden benut, en
b) wordt voorkomen dat deze praktijk wordt toegepast in gevallen waarvoor deze niet bedoeld is.

De memorie van toelichting is in deze zin aangevuld.

b. Waarborgen

i. Beoogd curator

– Onafhankelijkheid

Naar aanleiding van de opmerkingen van de Afdeling over de onafhankelijkheid van de beoogd curator is paragraaf 3 van het algemeen deel van de memorie van toelichting aangepast en aanzienlijk uitgebreid. Daarbij is meer duidelijkheid verschaft over wat de rol is van de beoogd curator, welke middelen hem ter beschikking staan, hoe hij kan worden ondersteund door de rechtbank en hoe het toezicht van de beoogd rechter-commissaris op het functioneren van de beoogd curator is geregeld.

Wat betreft de rol van de rechtbank wordt het volgende opgemerkt. De Afdeling heeft terecht aangenomen dat de rechtbank fungeert als «*poortwachter*» van de «*stille voorbereidingsfase*». De rechtbank beslist op het verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator en bepaalt daarmee of een schuldenaar tot de «*stille voorbereidingsfase*» wordt toegelaten. Anders dan de Afdeling constateerde, eindigt de regierol van de rechtbank daarmee echter niet. Besluit de rechtbank de schuldenaar namelijk toe te laten tot de «*stille voorbereidingsfase*», dan slaat de rechtbank bij aanvang van die fase ook de piketpaaltjes en voert zij tijdens die fase regie. Dit blijkt onder meer uit het volgende.
a) De rechtbank beslist wie beoogd curator wordt (artikel 363, eerste lid) en kan gedurende de «*stille voorbereidingsfase*» besluiten de beoogd curator te vervangen of één of meer beoogd medecuratoren aan te wijzen (artikel 366, eerste lid). De rechtbank bepaalt ook hoe lang de «*stille voorbereidingsfase*» mag duren. Zij kan de «*stille voorbereidingsfase*» op verzoek van de schuldenaar verlengen óf deze fase juist voortijdig beëindigen (artikelen 363, derde lid, en 366, eerste lid, onder a).
b) Verder omlijnt de rechtbank het voorbereidingstraject door in haar beslissing expliciet melding te maken van de «*meerwaarde*» die de «*stille voorbereidingsfase*» volgens de schuldenaar in zijn specifieke situatie heeft en die aanleiding was voor de rechtbank om de schuldenaar tot die fase toe te laten. Hiermee is bij aanvang van de «*stille voorbereidingsfase*» voor de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris direct duidelijk met het oog waarop het voorbereidingstraject is ingezet en bepaalt de rechtbank ook het mandaat van de beoogd curator (artikelen 363, tweede lid, 364, eerste lid, en 365, tweede lid).
c) Ook kan de rechtbank voorwaarden verbinden aan de toewijzing van een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator. De rechtbank kan dit onder meer doen ter versterking van de positie van de beoogd curator. Zo zou de rechtbank als voorwaarde kunnen stellen dat de schuldenaar akkoord moet gaan met de inschakeling van deskundigen

(bijvoorbeeld een marktdeskundige) om de beoogd curator bij te staan bij de uitvoering van zijn taken.[27]

d) Tot slot is het de rechtbank die de op de schuldenaar betrekking hebbende faillissementsaanvraag of eigen aangifte behandelt. Indien aan de daarvoor geldende voorwaarden is voldaan, spreekt zij de faillietverklaring uit. Daarmee komt de «*stille voorbereidingsfase*» van rechtswege ten einde (artikel 366, tweede lid). Vervolgens draagt de rechtbank bij aan een soepele overgang van de «*stille voorbereidingsfase*» naar de faillissementsfase. Dit doet zij door de personen die beoogd curator en beoogd rechter-commissaris waren in de «*stille voorbereidingsfase*» in de regel aan te stellen als curator en rechter-commissaris in het faillissement. Ook ziet de rechtbank toe op een goed verloop van de informatieverstrekking aan de schuldeisers en andere betrokkenen bij het faillissement over hetgeen dat kort voor de faillietverklaring in de «*stille voorbereidingsfase*» heeft plaatsgevonden door:
   – het eindverslag van de voormalig beoogd curator (die dan in de regel inmiddels curator is in het faillissement) in ontvangst te nemen om deze vervolgens ter griffie voor een ieder ter inzage te leggen (artikel 366, vierde lid), en
   – indien de beoogd rechter-commissaris of de beoogd curator hier aanleiding toe zien, een voorlopige commissie van schuldeisers in te stellen (artikel 74, tweede lid).[28]

Ten aanzien van de beoogd curator merkt de Afdeling terecht op dat wil deze zijn rol goed kunnen vervullen, het van belang is dat hij onafhankelijk kan opereren en dat hij kan beschikken over de daarvoor benodigde informatie. Daarom is in de voorgestelde regeling bepaald dat – hoewel de schuldenaar zijn salaris betaalt (vlg. artikel 367) – de beoogd curator tijdens de «*stille voorbereidingsfase*» niet gehouden is tot opvolging van instructies van de schuldenaar, noch van diens schuldeisers en dat de schuldenaar verplicht is de beoogd curator gevraagd en ongevraagd alle inlichtingen te verschaffen die de laatste nodig heeft bij de oefening van zijn taken (artikel 364, tweede en derde lid). Verder kan de beoogd curator, met toestemming van de schuldenaar, ook derden om informatie vragen of deskundigen vragen onderzoek te doen (artikel 364, vierde lid).

Het klopt dat de schuldenaar een belangrijke rol speelt in de informatievoorziening jegens de beoogd curator. Dat de beoogd curator daardoor zijn rol als belangenbehartiger van de gezamenlijke schuldeisers niet goed zou vervullen omdat dit hem te zeer afhankelijk zou maken van de schuldenaar en hij hierdoor te weinig tegenwicht zou kunnen bieden aan de schuldenaar, is echter een misvatting. Wat niet vergeten moet worden, is de reden waarom de beoogd curator betrokken wordt bij het voorbereidingstraject. Het is de schuldenaar die om de aanwijzing van een beoogd curator heeft verzocht met de bedoeling om het mogelijk aanstaande faillissement en een eventuele doorstart voor te kunnen bereiden met de persoon die direct na de faillietverklaring het beheer van de onderneming zal overnemen, zal zorgdragen voor de vereffening van de failliete boedel en in dat kader zal moeten beslissen of hij uitvoering kan geven aan hetgeen voor de faillietverklaring is voorbereid. Onthoudt de schuldenaar de beoogd curator tijdens de «*stille voorbereidingsfase*» belangrijke

[27] De «*stille bewindvoerder*» die werd aangesteld in de aanloop van het faillissement van Schoenenreus B.V. stelde een team samen van advocaten die gespecialiseerd zijn op het gebied van insolventierecht, vennootschapsrecht, arbeidsrecht en huurrecht. Dit team assisteerde hem vervolgens bij het in korte tijd verkrijgen van inzicht in de bedrijfsstructuur, de ondernemingsactiviteiten en de financiële huishouding van de onderneming; http://insolventies.rechtspraak.nl/pdf.ashx?ID=01.obr.13.80.F.V.01.

[28] Zie paragraaf 3.3.1 van de memorie van toelichting.

informatie of staat hij niet toe dat de beoogd curator in die fase praat met derden – waaronder deskundigen en de partijen van wie het succes van een eventuele doorstart mede afhankelijk kan zijn, zoals potentiële overnamekandidaten, de betrokken financiers, de leveranciers van essentiële goederen en diensten en het personeel dat door de OR of de personeelsvertegenwoordiging wordt vertegenwoordigd – dan loopt de schuldenaar het risico:

a) dat de beoogd curator vanwege het feit dat hij belemmerd wordt in zijn taakuitoefening, de rechtbank zal verzoeken om ontheffing van zijn aanstelling als beoogd curator, waarmee de «*stille voorbereidingsfase*» teneinde komt (artikel 366, eerste lid, onder a), of
b) dat de beoogd curator zich op het moment van de faillietverklaring onvoldoende ingevoerd zal voelen, wat het voor hem onmogelijk zal maken om spoedig een beslissing te nemen over een voorbereide doorstart.

Door niet mee te werken of door hiermee niets te doen wanneer de beoogd curator meent dat het voorbereidingstraject enige bijsturing behoeft, schiet de schuldenaar zichzelf dus in de voet. Het feit dat de beoogd curator in de regel curator wordt in het faillissement en in dat kader dus degene is die bepaalt of uitvoering gegeven gaat worden aan hetgeen voor de faillietverklaring is voorbereid, brengt – te samen met de mogelijkheid de rechtbank te vragen om ontheffing van zijn aanstelling als beoogd curator – mee dat het niet zozeer de beoogd curator is die afhankelijk is van de schuldenaar, maar dat het uiteindelijk de schuldenaar is die afhankelijk is van de beoogd curator.[29]

Ook wat betreft het voorgaande is de memorie van toelichting aangevuld.

– *Transparantie*

In reactie op de vraag van de Afdeling of de «*stille voorbereidingsfase*» de beoogd curator wel voldoende gelegenheid geeft inzicht te krijgen in de onderneming en in de mogelijkheden voor een doorstart, wordt er nogmaals op gewezen dat de aanwijzing er nu juist toe leidt dat de beoogd curator de mogelijkheid krijgt om zich, voordat de hectiek losbarst, alvast op een aanstaand faillissement voor te bereiden. Hierdoor kan de beoogd curator in het faillissement beter functioneren en zal hij na de faillietverklaring direct voortvarend kunnen handelen. Bovendien krijgt de beoogd curator hiermee ook de mogelijkheid invloed uit te oefenen op de wijze waarop het faillissement door de schuldenaar wordt voorbereid.

Concreet betekent de betrokkenheid van de beoogd curator in de voorfase van het faillissement het volgende. De beoogd curator krijgt in de «*stille voorbereidingsfase*» de gelegenheid om – ter voorbereiding van zijn toekomstige rol als curator in het faillissement – werkzaamheden te verrichten die hij normaliter pas na de faillietverklaring zou kunnen uitvoeren. Zo laat hij zich informeren over de «*ins en outs*» van de onderneming en bestudeert hij in dat kader de boekhouding en overige relevante financiële informatie (waaronder de stukken die bij het verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator aan de rechtbank zijn overgelegd), brengt hij het personeelsbestand in kaart en analyseert hij de oorzaken en de gevolgen van de financiële problemen.

Is om de aanwijzing verzocht om de kansen op een doorstart uit faillissement te vergroten, dan controleert de beoogd curator de stappen die daartoe reeds zijn genomen door de schuldenaar en kijkt hij mee wanneer er vervolgstappen worden gezet. Van de beoogd curator wordt verwacht

[29] Zie paragraaf 3.3.2 van de memorie van toelichting.

dat hij het verkoopproces, dat in dit geval onderdeel uitmaakt van het voorbereidingstraject, kritisch beoordeelt. Dit houdt in dat hij erop toeziet dat dit proces integer is en dat daarbij binnen de grenzen van de noodzakelijke geheimhouding actief wordt gezocht naar potentiële overnamekandidaten. Zoals hierboven al is beschreven zijn in de voorgestelde regeling voorzieningen getroffen om ervoor te zorgen dat de beoogd curator bij de uitoefening van deze taken onafhankelijk kan opereren en dat hij kan beschikken over de daarvoor benodigde informatie. Ook is al opgemerkt dat de beoogd curator hierbij verder ondersteund kan worden door de rechtbank die voorwaarden kan verbinden aan de aanwijzing en daarmee het voorbereidingstraject kan voorzien van randvoorwaarden. Naar aanleiding van de opmerkingen van de Afdeling is in de wetstekst onderstreept dat de rechtbank voorwaarden kan stellen a) ter verwezenlijking van het met de aanwijzing beoogde doel, b) ter versterking van de positie van de beoogd curator of c) ter behartiging van de belangen van de werknemers van de schuldenaar.

De voorwaarden die de rechtbank stelt, kunnen verder reiken dan de «*stille voorbereidingsfase*» alleen. Wordt het verzoek gedaan in het kader van de voorbereiding van een doorstart en is op dat moment maar één serieuze kandidaat in beeld, dan zou de rechtbank bijvoorbeeld als voorwaarde kunnen stellen dat als dit tijdens de «*stille voorbereidingsfase*» zo blijft, na de faillietverklaring van de voorbereide doorstart eerst een publieke aankondiging zal moeten worden gedaan, voordat deze kan worden geëffectueerd.[30] Door het stellen van deze voorwaarde bestaat het risico dat de hectiek van het faillissement alsnog enige invloed zou kunnen hebben op het succes van de doorstart en daarmee op het behoud van de waarde van en werkgelegenheid binnen de nog rendabele bedrijfsonderdelen. Toch kan het stellen van deze voorwaarde in bepaalde gevallen – vooral waar het een voorbereide doorstart met een «*gelieerde partij*»[31] betreft – gerechtvaardigd zijn. Met het stellen van deze voorwaarde kan de rechtbank ervoor zorgen dat de transparantie rondom de doorstart uit faillissement wordt vergroot en dat twee risico's worden weggenomen; namelijk het risico dat potentiële overnamekandidaten over het hoofd worden gezien en dat hierdoor met de verkoop en doorstart niet het hoogst haalbare resultaat wordt gerealiseerd, alsmede het risico op misbruik van het faillissementsrecht.

ii. Misbruik of oneigenlijk gebruik; meerwaarde

Naar aanleiding van de vraag van de Afdeling hoe voorkomen kan worden dat de voorgestelde regeling zal leiden tot een toename van het aantal doorstarts vanwege oneigenlijke redenen wordt het volgende opgemerkt.

---

[30] In het faillissement van Grafisch Centrum Vanderheym – dat in stilte werd voorbereid – is kort na de faillietverklaring ten behoeve van een doorstart door de curator een overeenkomst gesloten met een doorstartende partij onder de ontbindende voorwaarde dat bij de curator geen hogere biedingen zouden binnenkomen. De curator heeft vervolgens een biedingsprocedure uitgeschreven en de voor een eventuele doorstart geïnteresseerde partijen die zich na de faillietverklaring bij hem hadden gemeld, uitgenodigd een bieding te doen op de onderneming. Dit leidde uiteindelijk niet tot een beter bod. Zie voor een verdere omschrijving van het proces het verslag van de curator: http://insolventies.rechtspraak.nl/pdf.ashx?ID=10.rot.14.327.F.V.01.

[31] Prof. mr. J.J. van Hees beschrijft een doorstart met een «*gelieerde partij*» als een situatie waarin de bedrijfsonderdelen na faillissement in een andere juridische identiteit worden voortgezet en bij de doorgestarte onderneming dezelfde personen (bijvoorbeeld de «*oude*» aandeelhouder en/of het «*oude*» management) aan het roer blijken te staan als het geval was bij de gefailleerde onderneming. (Prof. mr. J.J. van Hees, «*Stille bewindvoering: pre-packen en wegwezen?*», Ondernemingsrecht 2014/79.)

Zoals hierboven reeds is beschreven kan met de aanwijzing van een beoogd curator indirect ook een bijdrage worden geleverd aan de bestrijding van faillissementsfraude en misbruik van het faillissementsrecht. Dit eenvoudigweg doordat de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris al voor de faillietverklaring betrokken zijn en in dit kader waardevolle informatie kunnen vergaren. Dit neemt echter niet weg dat de Afdeling terecht heeft opgemerkt dat de waarborgen die in de voorgestelde regeling waren opgenomen om misbruik van de regeling te voorkomen verder konden worden aangescherpt. Gelet hierop is in de eerste plaats het «*meerwaarde-criterium*» nader ingevuld. Thans is in artikel 363, eerste lid, bepaald dat de rechtbank de schuldenaar alleen zal toelaten tot de «*stille voorbereidingsfase*» als het verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator voldoet aan de in de wet opgenomen eisen en de schuldenaar er bovendien in slaagt aannemelijk te maken dat een scenario waarin het mogelijk aanstaande faillissement in stilte wordt voorbereid in de desbetreffende specifieke situatie voor betrokkenen een dusdanige meerwaarde heeft in het kader van de afwikkeling van het faillissement en, indien aan de orde, het bereiken van een doorstart uit dat faillissement, dat dit te verkiezen is boven het scenario – en de daarbij behorende mogelijkheden en waarborgen – van een regulier (onvoorbereid) faillissement.

Om het risico op oneigenlijk gebruik van de regeling en misbruik van het faillissement verder in te dammen, zijn in de artikelen II, onderdeel A, en III voorts twee nieuwe bepalingen opgenomen. Deze bepalingen leiden ertoe dat in de artikelen 2:138 lid 1 en 248 lid 1 van het Burgerlijk Wetboek zal worden bepaald dat wanneer in de «*stille voorbereidingsfase*» of tijdens het daarop volgende faillissement blijkt dat de bestuurders of de feitelijk leidinggevenden van de door de schuldenaar gedreven onderneming in hun verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator onjuiste informatie hebben verschaft over de meerwaarde van de voorbereiding van het faillissement met het oogmerk het voorbereidingstraject op oneigenlijke gronden te gebruiken, aangenomen wordt dat zij hun taken onbehoorlijk hebben vervuld en vermoed wordt dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Hiermee wordt het eenvoudiger om de schade die het gevolg is van het oneigenlijk gebruik van de «*stille voorbereidingsfase*» te verhalen op de bestuurders of de feitelijk leidinggevenden. Verder zal het voor de curator in het op de «*stille voorbereidingsfase*» volgende faillissement en voor het openbaar ministerie – na inwerkingtreding van de Wet civielrechtelijk bestuursverbod – op basis van artikel 106a, eerste lid, onderdeel f, Fw mogelijk worden om de rechter te verzoeken deze personen in dat geval een civielrechtelijk bestuursverbod op te leggen.

iii Concurrentievervalsing

Naar aanleiding van de vraag van de Afdeling waarom het risico op concurrentieverstoring bij een voor de faillietverklaring voorbereide doorstart kleiner is dan bij een «*klassieke (onvoorbereide) doorstart*» uit faillissement wordt aangetekend dat wanneer een doorstart na faillissement plaatsvindt, dit altijd enig concurrentievervalsend effect mee zal brengen. Dit komt omdat de nog renderende bedrijfsonderdelen als het ware uit het faillissement worden gelicht en de schuldenlast daar achterblijft. Hier staat dan wel tegenover dat de opbrengst van de verkoop van de bedrijfsonderdelen in het faillissement terugvloeit. De bedrijfsonderdelen starten na de verkoop uit het faillissement met «*een schone lei*» door onder een nieuwe eigenaar. Concurrenten daarentegen zullen hun schulden zelf moeten blijven dragen. Dit concurrentievervalsende effect is echter minder groot naar mate de prijs bij de verkoop van de bedrijfsonderdelen beter is en minder wordt beïnvloed door de negatieve publiciteit

die een faillissement altijd met zich brengt. De nieuwe eigenaar zal dan immers meer moeten investeren, wil hij de bedrijfsonderdelen kunnen overnemen. Met de voorbereiding van een doorstart uit faillissement onder het toeziend oog van de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris kan bereikt worden dat bij de verkoop van de bedrijfsonderdelen uit faillissement een betere prijs kan worden bedongen. De Radboud Universiteit heeft onlangs in samenwerking met BDO Consultants een verkennend onderzoek uitgevoerd naar de effecten van de huidige «*pre-pack praktijk*» op de hoogte van de boedelopbrengst. Naar verluidt gaan de onderzoekers er op basis van hun eerste bevindingen vanuit dat bij de huidige praktijk sprake is van een meeropbrengst voor de boedel die varieert van 10 tot 30%.[32] Daarmee is het concurrentievervalsende effect bij een op die wijze voorbereide doorstart niet weggenomen, maar wel beduidend kleiner dan bij een doorstart uit een regulier faillissement.

c. Analyse doorstarts

Het advies van de Afdeling om de toelichting aan te vullen met een analyse van de doorstarts die op basis van de huidige praktijk reeds hebben plaatsgevonden is opgevolgd. Begin 2015 heeft mr. J.R. Hurenkamp de resultaten gepubliceerd van een empirisch onderzoek dat hij heeft verricht naar achtenveertig faillissementen in de periode van 1 januari 2012 tot en met 1 juli 2014 waarin de huidige «*pre-pack praktijk*» werd toegepast.[33] Het empirisch onderzoek bestond enerzijds uit een analyse van de in de desbetreffende faillissementen uitgebrachte faillissementsverslagen en anderzijds uit een analyse van interviews, afgenomen bij in totaal twintig (beoogd) curatoren, (beoogd) rechters-commissarissen en advocaten van schuldenaren die eerder hebben meegewerkt aan een «*pre-pack*». Voorts heeft mr. Hurenkamp in zijn boek de resultaten van zijn onderzoek afgezet tegen de relevante bepalingen in het voorontwerp voor de WCO I. De onderzoeksresultaten van mr. Hurenkamp geven mooi weer hoe en waar de voorgestelde wettelijke regeling de huidige praktijk kan ondersteunen. Het onderzoek is daarmee een waardevolle bron van informatie in het kader van dit wetsvoorstel. Daarom wordt in paragraaf 2.3 van het algemeen deel van de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel expliciet naar de resultaten van het onderzoek verwezen.

2. Toezicht van de raad van commissarissen

De toelichting gaat niet in op de vraag of het bestuur van een NV of BV goedkeuring van een raad van commissarissen (RvC), zo die er is, moet verkrijgen voordat het een verzoek om aanwijzing doet. De Afdeling wijst erop dat op grond van de artikelen 2:164, lid 1, onder i en 2:274, lid 1, onder i van het Burgerlijk Wetboek de RvC goedkeuring moet verlenen voor een besluit van het bestuur tot aangifte van faillissement en een aanvraag van surseance van betaling. Het ligt in de rede en het is naar het oordeel van de Afdeling ook gewenst dat deze goedkeuring zich ook uitstrekt tot het besluit om bij de rechtbank om aanwijzing van een beoogd curator te verzoeken. Reden daarvoor is dat het verzoek tot het aanwijzen van een beoogd curator slechts bij dreiging van faillissement tot de mogelijkheden behoort. Voor zover het besluit tot een verzoek om

---

[32] Zie «*Optreden stille bewindvoerder leidt tot hogere boedelopbrengst*», Het Financieel Dagblad, 7 juli 2014.

[33] Mr. J.R. Hurenkamp, «*De pre-pack in de praktijk»; Een analyse van 48 faillissementen waarin de aanwijzing van een beoogd curator heeft plaatsgevonden*», Celsus juridische uitgeverij, Amersfoort, 2014; J.R. Hurenkamp, «*Failliet of fast forward? Een analyse van de pre-pack in de praktijk*», TvI 2015/20.

aanwijzing van een beoogd curator niet onder de thans vereiste goedkeuring van een besluit tot aangifte van een faillissement kan worden begrepen, adviseert de Afdeling dit uitdrukkelijk te bepalen.

De Afdeling adviseert in de toelichting op het voorgaande in te gaan en het voorstel zo nodig aan te passen.

2. Toezicht van de raad van commissarissen

In navolging van de opmerking van de Afdeling dat de Raad van Commissarissen (RvC) betrokken zou moeten worden bij de indiening van een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator, is aan de voorgestelde regeling een nieuw artikel II, onderdeel B, toegevoegd. Hierin is bepaald dat de artikelen 2:164, lid 1, onder i en 2:274, lid 1, onder i van het Burgerlijk Wetboek zullen worden gewijzigd, opdat het bestuur van een naamloze vennootschap of een besloten vennootschap goedkeuring van de RvC, zo die er is, moet verkrijgen voordat zij een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator kan indienen.

3. Wettelijke regeling van normen die meerwaarde bepalen

Het voorstel is een kaderregeling die, blijkens de toelichting, rechtbanken de ruimte biedt om ten aanzien van de in het verzoekschrift te betrekken informatie een gezamenlijk beleid te ontwikkelen.[34] *De Raad voor de rechtspraak heeft aangekondigd dat het landelijk overleg van rechters-commissaris hiervoor een vragenlijst zal ontwikkelen.*[35] *De Afdeling merkt op dat de aannemelijkheid van de meerwaarde van een aanwijzing een wezenlijk element van de voorgestelde wettelijke regeling vormt, mede gelet op de risico's die de nieuwe rechtsfiguur van de «stille fase» meebrengt. In dat licht moet naar het oordeel van de Afdeling de kern van wat de meerwaarde omvat wettelijk geregeld worden en kan vervolgens nadere uitwerking plaatsvinden bij algemene maatregel van bestuur. Dit dient de rechtszekerheid en de rechtsgelijkheid.*

De Afdeling adviseert het voorstel met inachtneming van het bovenstaande aan te passen.

3. Wettelijke regeling van normen die meerwaarde bepalen

De opmerkingen van de Afdeling ten aanzien van het «*meerwaarde-criterium*», hebben aanleiding gegeven dit criterium nader in te vullen. Voorst is ook artikel 363, tweede lid, aangepast. Hierin wordt nu bepaald dat de rechtbank in haar beslissing expliciet melding zal moeten maken van de meerwaarde die de «*stille voorbereidingsfase*» volgens de schuldenaar in zijn specifieke situatie heeft. Daarmee is bij aanvang van die fase voor de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris direct duidelijk met het oog waarop het voorbereidingstraject is ingezet en bepaalt de rechtbank ook het mandaat van de beoogd curator. Bovendien leidt dit ertoe dat het «*meerwaarde-criterium*» in de jurisprudentie een verdere uitwerking kan krijgen.

4. Redactionele bijlage

De Afdeling verwijst naar de bij dit advies behorende redactionele bijlage.

---

[34] Toelichting, Artikelsgewijs, onderdeel H, artikel 363, lid 2.

[35] Advies van de Raad voor de rechtspraak van 5 februari 2014 over het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I.

4. Redactionele bijlage

De redactionele kanttekeningen van de Afdeling zijn overgenomen. Tevens is de toelichting geactualiseerd.

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet niet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal dan nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

De vicepresident van de Raad van State,
J.P.H. Donner

Ik moge U verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister van Veiligheid en Justitie,
G.A. van der Steur

Redactionele bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no. W03.14.0221/II

- In het voorgestelde artikel 364, eerste lid, Faillissementswet het eerste woord «noch» schrappen en «meerdere» vervangen door: meer.
- In het voorgestelde artikel 366, eerste lid, Faillissementswet «stelt» vervangen door: roept.
- In het voorgestelde artikel 366, vierde lid, Faillissementswet voor de zinsnede «voor zover de aangifte» invoegen: slechts. Voorts de woorden «dan wel van» vervangen door: dan wel.